

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

Davacı : Cinebeş Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.
Vekilleri : Av. Merve Kankatan
Süleyman Seba Cad. No:62/4 Beşiktaş - İSTANBUL

Davalı : Rekabet Kurumu
Bilkent Plaza B-3 Blok Bilkent - ANKARA
Vekili : Av. Ayperi Samantır - Aynı adreste



Davanın Özeti : Davacı şirketin, Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş.

ve/veya Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Digitürk) dijital platform hizmetleri piyasasındaki hâkim konumunu, davacı şirket aleyhine ayrımcılık yaparak kötüye kullandığına yönelik şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, dosya konusu iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 27.05.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayılı kararının; Digitürk'ün platformunda Cine 5'e yer vermemesinin objektif ve haklı bir sebebe dayandığı, hakim durumun kötüye kullanıldığından bahsetmek için hakim durumun ve kötüye kullanmanın mevcudiyetinin tespit edilmesinin yeterli olmasına rağmen, dava konusu karada hakim durum analizi yapılmadan ve eylemin ayrımcı nitelikte olup olmadığı üzerinde durulmadan değerlendirmenin şikâyet konusu eylemin piyasadaki rekabeti bozucu etkisi olup olmadığı yönünden yapıldığı ancak, eylemin rekabete etkisinin sadece ihlâlin derecesini tespit etmede önem kazandığı, bu çerçevede eylemin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin az olduğu sonucuna varılarak tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek iptal edilmesi istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Şikâyet konusu eylem üzerinden yaklaşık 2,5 yıl gibi bir sürenin geçtiği göz önünde bulundurularak incelemenin iddia konusu eylemlerin rekabeti bozmayı amaçlayıp amaçlamadığı yerine rekabeti bozucu olup olup olmadığı yönünden yapıldığı, davacı şirketin iddialarının şikâyet edilenin hakim durumda olduğu ve ayrımcılık yaptığı varsayımı çerçevesinde, kötüye kullanma iddiasına konu eylemin rekabeti kısıtlayıcı etkisi olup olmadığı yönünden incelenmesi yoluyla elde edilen bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda, Digitürk'ün uygulamasının hakim durumu güçlendirme ve/veya sürdürme sonuçlarından uzak olduğunun tespiti ile tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Betül ÖZYİĞİT'in Düşüncesi : Davacı şirketin, Digitürk'ün "dijital platform hizmetleri" pazarındaki hakim durumunu, haklı ve objektif bir sebebi yokken,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

platformunda davacı şirkete yer vermeyerek ayrımcılık yapmak suretiyle kötüye kullandığı, bu durumun, televizyon yayıncılığı ve reklam yeri hizmetleri pazarındaki faaliyetlerini zorlaştırdığı iddialarıyla yapılan şikâyet başvurusu üzerine, davacı şirketin, Digitürk'ün "Digital platform hizmetleri pazarında" hakim konumda olduğu ve ayrımcılık yaptığı iddialarının ön kabulü ile yapılan önaraştırma sonucunda, Digitürk'ün "televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetleri pazarı"nın bir kısmına Cine 5'in girmesini engellediğinin tespit edilmiş olması ve bu eylemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesinde hâkim durumun kötüye kullanma halleri arasında belirtilen, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine engel olunması ile eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılması eylemleri ile uygunluk göstermesi karşısında, davacı şirketin iddiaları ile ilgili olarak yapılan önaraştırma sırasında elde edilen deliller çerçevesinde soruşturma açılması gerekirken, şikâyet konusu eylemin rekabete etkisinin sınırlı olduğunun tespit edilmiş olması nedeniyle, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabulünün olanaklı görülmediği gerekçesiyle Digitürk hakkında şikâyet konusu iddialara ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava, 27.5.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayılı rekabet kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

"**Digital platform hizmetleri pazarında**" hakim konumda bulunan Digitürk'ün, platformunda Cine 5'e yer vermeyerek, eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılması suretiyle "**televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama**" hizmetlerindeki rekabeti engellediği ve bu çerçevede Cine 5'in faaliyetlerinin zorlaştırıldığı yolunda şikâyet üzerine ;

Yapılan önaraştırmada Digitürk'ün, "**digital platform hizmetleri**" pazarında hakim durumda olduğu ve Cine 5'e diğer rakip kanallara göre ayrımcılık yapıldığı iddialarının ön kabulü ile eylemin **televizyon yayıncılığı / reklam yeri pazarlama hizmeti** ile A, B grubu müşterilere yönelik reklam hizmetlerine olan etkileri ve bu alanlarda rekabetin bozulmasına yol açılıp açılmadığı bakımından kötüye kullanma olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirmeye alınacağına belirtilmiştir;

Cine 5'in ulusal, genel nitelikli ve açık bir televizyon kanalı olduğu, izleyicilere karasal, kablo ve uydu iletim yolları ile ulaşabildiği ancak uydu aracılığıyla ile yayın yapılmasına olanak sağlayan digital platformun sadece Digitürk'te yer aldığı, Digitürk ise çok sayıda TV kanalının bir paket halinde şifrelenmiş bir şekilde izleyicilere ulaştırılması işlevini de içeren platform faaliyetlerini yerine getirdiği, Digitürk platformunda yer alan yayınların şifreli olması dolayısı ile izleyicilerin yayınları alabilmeleri için belirli bir meblağ karşılığında platforma abone olmaları gerektiği, ödemeli kanallar haricinde, televizyon kanallarının temel finansman kaynağını reklam gelirleri oluşturduğu, bu yayıncılık türünde pazarın, **reklam veren-yayıncı** ilişkisi çerçevesinde şekillendiği, televizyon kanallarının pazar gücünün temel olarak reklam yeri

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

satışlarına göre belirlendiği, Reklamcılar Derneği'nden gönderilen yazının değerlendirilmesinden, reklam veren nezdinde kanallara bakış açısına göre temel kriterlerin; televizyon kanallarının izleyiciye erişim olanakları ile izleyici nezdindeki izlenme payları olduğu, ulusal bir kanal olarak yayın yapmak, yurt çapında çok sayıda izleyiciye ulaşabilme imkanı yarattığından, reklam toplayabilme kabiliyeti açısından önemli bir farklılık yarattığı, Cine 5, ulusal bir kanal olmasının yanı sıra ayrıca kablo TV ve Türksat 2A uydusu üzerinden de yayınlarını izleyicilere ulaştırırken, ayrıca D-Smart isimli platformda da yer aldığı, televizyon izleyici ölçüm işlerini yürüten AGB Nielsen Media Research (AGB) şirketinin, Türkiye kolu verileri dikkate alınarak tahmini izleyici sayısı üzerinden yapılan analizlerinde de, Cine 5'in **Türkiye'deki toplam izleyicilerin yaklaşık % 90'nına ulaşabildiği,**

Öte yandan AGB verilerine göre Cine 5, ölçümlene yapılan hanelerin % 80' ninden fazlasında yer aldığı, Cine 5'in Digtürk platformunda bulunması halinde dahi izlenme paylarına bu durumun etkisinin çok da fazla olmayacağı;

Reklam verenler ve beraber çalıştıkları reklam/medya ajansları hedef kitleyi ve dolayısı ile TV izleyicilerini kategorize etmek için farklı yöntemler kullandığı bunlardan en temel ve tüm sektör için ortak kullanılanın, Sosyoekonomik (SES) sınıflandırma olduğu, AGB ölçümlerinde sınıflandırmanın; A, B, C1, C2, DE olarak tanımlandığı A, B grubu izleyicilerin Sosyoekonomik sınıflandırmasındaki oranı dikkate alındığında tamamının Digtürk aboneliği olmadığı, A, B grubu müşterilere yönelik reklamların ulaştığı büyüklüğün miktar olarak değeri konusunda, **Reklamcılar Derneği** ve 4 ayrı reklam ajansının görüşlerine göre A, B grubu müşterilere yönelik yapılan harcamaların, toplam içerisinde ortalama%20'ler nezdinde olabileceği, Digtürk'ün yayınlamış olduğu "Müşteri Profili ve Hayat Tarzları Araştırma"sında, Digtürk abonesinin %56'sı A,B grubuna dahil olarak görüldüğü, Cine 5'in TV izleyicilerinin yaklaşık %90'nına, A,B müşterilerin %70'ine ulaşabildiği düşünülürken, toplam reklam harcamalarının %91'ine ulaşabildiği, Digtürk platformunda yer almayan Cine 5'in izleyicilerinin %16.23'ü A,B grubundan oluşurken, söz konusu platformda yer almasına rağmen Flash TV, Fox TV, Kanal 1, Kanal 7, STV, Show TV kanallarının AB grubu izleyici oranının Cine 5'in oranı olan %16.23'ün dahi altında olduğu tespitleri yapılarak ;

İddia edilen faaliyetlerin 1.5 yıldan fazla sürmesine rağmen Cine 5'in faaliyetlerine devam ettiği, Cine 5'in yayıncılık faaliyetini yapamaması ve/veya olağan faaliyetlerini sürdürememesi gibi bir durumun mevcut olmadığı, teşebbüsler arasındaki ticari ilişkiye son verilmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı dikkate alınıp, şikayet konusu eylemin hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceği, bu çerçevede, Cine 5 tarafından yapılan şikayet üzerine gerçekleştirilen önaraştırma sonucunda, Digital İletişim ve Digital Teknoloji haklarında soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine varılıp, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Yasanın 6. maddesinde; "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. " hükmü yer almış, kötüye kullanma halleri arasında :

"a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;

b) Eşit durumdaki **alıcılara** aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcilik yapılması " da sayılmıştır.

Yasa ile ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması, eşit durumdaki **alıcılara**, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcilik yapılması kötüye kullanma olarak belirlenmiş ve yasak edilmiştir.

Davalı idarece yayımlanan **Rekabet Sözlüğünde**; "**Dışlayıcı kötüye kullanma**"; ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerdir. Buna göre, yıkıcı fiyat, anlaşma yapmayı reddetme, uzun dönemli münhasırlık sözleşmeleri, bazı indirim sistemleri ve ürün bağlama anlaşmaları dışlayıcı kötüye kullanma örnekleridir" şeklinde betimlenmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat ve açıklamalara göre, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunmasını, koşulsuz olarak kötüye kullanma saydığı halde;

Digitürk'ün, "**digital platform hizmetleri**" pazarında **hakim durum da olduğu** ve Cine 5'e diğer rakip kanallara göre **ayırimcilik** yapıldığı **önkabalü ile yapılan** önaraştırmada, hakim durumdaki bir teşebbüsün eylemlerinin kötüye kullanma olarak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilirken, asgari bazı şartların birlikte mevcudiyeti gerektiği, dosya konusu, ayrımcı bir kötüye kullanma iddiasının değerlendirilmesi **özelinde özellikle**; "Eylem sonucunda rekabetin kısıtlanması gerektiği" **belirtilerek**, rekabetin kısıtlanması **koşuluna** göre şikayet konusunda karar verildiği görülmektedir.

Bu durumda; "**Digital platform hizmetleri pazarında**" hakim konumda olduğu kabul edilen Dijitürk'ün "**televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama**" pazarının bir kısmına Cine 5'ingirmesini engellediği belirlenmiş olup, girişin engellendiği pazar bölümünün tüm pazara göre küçük, etkisinin de az olması ihtimalinin, eylemin **dışlayıcı kötüye kullanma** olduğunu bertaraf etmediği göz önüne alındığında davacıların iddiaları ile ilgili olarak yapılan önaraştırma sırasında elde edilen deliller çerçevesinde soruşturma açılması gerekirken, soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin **iptali** gerekeceği düşünülmüştür.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 12.04.2011 tarihinde davacı vekili Av. Merve Kankatan'ın ve davalı idare vekili Av. Ayperi Samantır'ın geldikleri; Danıştay Savcısı'nın hazır bulunduğu görülerek duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verildikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz verilerek duruşma tamamlandı. Dosya incelenip, gereği görüldü:

Dava, davacı şirketin, Digitürk'ün dijital platform hizmetleri piyasasındaki hâkim konumunu, davacı şirket aleyhine ayrımcılık yaparak kötüye kullandığına yönelik şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, şikâyet konusu iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 27.05.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde, bu Kanun'un amacının, "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" olduğu belirtilmiş olup; anılan Yasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına girdiği belirtilmiş, 3. maddesinde, Teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanmış, anılan Yasanın 6. maddesinde ise; "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/8249

Karar No : 2011/1525

hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması. " hükmü yer almıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 40.maddesinde Rekabet Kurulunun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği; 41.maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş, 43.,44.,45.,46. ve 47.maddelerinde ise Kurulun soruşturmaya başlaması halinde uygulanacak idari usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Yasanın bu düzenlemesine göre soruşturma açılmasına yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hallerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporu Kurulca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Yasanın 1.maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği açıktır.

Bu bağlamda, önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylem, karar ve anlaşmaların söz konusu olmadığına hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması halinde Kurulca soruşturma açılmamasına karar verileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği halinde ise soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Başka bir anlatımla, ihbar ve şikayet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla önaraştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hallerde Kurulca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Yasanın 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idari usulün

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48.maddede öngörülen nihai kararlar sonuçlandırılması gerekir.

Aksi takdirde rekabet kurallarının ihlal edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Dosyanın incelenmesinden, Cine 5 tarafından, Digitürk'ün ilgili ürün pazarı olan "digital platform hizmetleri" pazarında hakim konumda olduğu, söz konusu hakimiyeti ile "televizyon yayıncılığı hizmetleri" ve "reklam yeri" pazarlarında ekonomik parametreleri belirleyebilme ve rekabeti etkileyebilme gücüne sahip olduğu, bu çerçevede sahip olduğu dijital platformunda Cine 5'e yer vermemesinin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde (a) ve (b) bentlerinde yer verilen, eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılması suretiyle rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması eylemine uygunluk gösterdiği, bu eylemin TV izleyicilerinin, başta meslek, eğitim ve ekonomik durum gibi çeşitli kriterlere göre yapılan sosyo-ekonomik sınıflandırmada, en üst grubunu temsil etmekte olan A ve B (AB) grubu izleyicilerin çoğunluğunun Digitürk aboneliği olması sebebiyle, pahalı reklamların söz konusu olduğu A ve B grubuna yönelik reklam alma imkanlarından mahrum kalmak başta olmak üzere, televizyon yayıncılığı hizmetleri ve reklam yeri pazarlarında faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasıyla Kurum kayıtlarına 09.01.2008 tarih ve 176 sayı ile giren başvuru ile şikâyetle bulunulması sonucu yapılan incelemeler sonucunda hazırlanan 21.5.2008 tarih, 2008-2-70/ÖA-08-HB sayılı Öneri Raporu'nun, 22.05.2008 tarih ve REK.0.06.00.00-110/159 sayılı Başkanlık önerisi ile 08-35 Kurul toplantısında görüşülmesi sonucu verilen dava konusu Kurul kararında, şikâyet konusu eylemin, ayrımcı kötüye kullanma iddiası özelinde, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesi için birlikte mevcudiyeti aranan unsurların "a)Teşebbüs hâkim durumda olmalıdır, b) Kötüye kullanma eylemi için teşebbüsün herhangi bir objektif/haklı gerekçesi olmamalıdır, c) Eylem sonucunda rekabetin kısıtlanması gerekmektedir". şeklinde sıralamanın mümkün olduğu, ancak, davacı şirketin şikâyetinin, Digitürk'ün, "digital platform hizmetleri" pazarında hakim durumda olduğu ve kendisine diğer rakip kanallara göre "ayrımcılık" yapıldığı iddialarının ön kabulü çerçevesinde, raporda; varlığı iddia edilen eylemin rekabeti kısıtlayıcı etkisi olup olmadığı yönünden incelemeye alındığı, şikâyet konusu iddiaların değerlendirmesinin sadece, eylem sonucunda piyasadaki rekabetin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının ortaya konulması perspektifinden yapılmış olması nedeniyle, incelemede hakim durum analizi veya eylemin ayrımcı olup olmadığı konuları üzerinde durulmadığı, bu çerçevede yapılan analizlerde, konunun şikâyet konusu iddialar doğrultusunda, hem televizyon yayıncılığı/reklam yeri pazarlama hizmetleri hem de çok daha dar bir biçimde AB grubuna yönelik reklamlar bakımından ele alındığı, iddia konusu eylemin televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetlerine olan etkilerinin ortaya konulması için ise; Cine 5 televizyon kanalının Digitürk platformunda yer alamamasının; izleyicilere erişim olanakları, izlenme payı ölçümleri ve AB grubu reklam pastasına erişim imkanı gibi

I.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/8249

Karar No : 2011/1525

parametreler üzerindeki etkilerinin analiz edildiği, yapılan analizler sonucunda, Cine 5'in, Digitürk platformunda yer almamasına rağmen, karasal, uydu (Türksat 2A, D-Smart) kablo-TV aracılığı ile Türkiye'deki izleyicilerin yaklaşık %90'ına yakınına, AGB Nielsen Media Research (AGB) şirketi tarafından izlenme payı ölçümlenmesi yapılan hanelerin ise yaklaşık %84'üne erişim imkanına sahip olduğu, AB grubu izleyicilerin toplam izleyici kitlesi içerisinde yaklaşık %17,50, toplam reklam harcamaları içerisinde yaklaşık %20, toplam izlenme payı içerisinde ise, yaklaşık %20 oranında bir paya sahip olduğu, öte yandan AB grubu izleyicilerin tamamının Digitürk aboneliği olmadığı dikkate alındığında Cine 5'in AB grubu izleyicilerin yaklaşık %70'ine, dolayısıyla TV reklamları için harcanan miktarın yaklaşık %91'ine ulaşabilme imkanına sahip olduğu, Cine 5'in toplam izleyici sayısının %16.23'ünün AB grubu izleyicilerden oluştuğu, bu oran ile Digitürk'ün platformunda yer verdiği pek çok TV kanalını geride bırakarak, TV kanalları arasında AB izleyicileri tarafından seyredilme oranı bakımından 5. sırada yer aldığı, öte yandan, reklam veren nezdinde, AB grubu izleyiciler bakımından yapılan değerlendirmelerde, digital platformun ilk sıralarda yer alan bir kriter olarak kabul edilmediği, aynı kanalın farklı sınıflara hitap eden çok sayıda programının mevcut olduğu, sonuç olarak; şikâyet konusu eylem üzerinden 1.5 yıldan fazla süre geçmesine rağmen, Cine 5'in faaliyetlerine devam edebiliyor olduğu ve halihazırda karasal, uydu ve kablo TV aracılığı ile izleyicilerin yaklaşık %90'ına erişebiliyor olduğu, diğer taraftan Digitürk'ün söz konusu uygulaması sonucunda, pazarda üretimin azalmasına veya fiyatların yükselmesine mümkün olmadığı ve mevcut durumda Cine 5'in rekabet etme olanaklarının mevcut olduğu, dolayısıyla Digitürk'ün uygulamasının iddia edilen hakim durumu (pazar gücünü) güçlendirme ve/veya sürdürme sonuçlarına ulaşmaktan uzak olduğu, Digitürk platformunun, karasal, uydu ve kablo-TV aracılığı ile iletilebilen ulusal bir kanal için zorunlu olarak kabul edilmesinin ise, Digitürk'ün halihazırda izlenilebilirlik (abone sayısı) ve reklam harcamaları üzerindeki pay ve etkisi bakımından olanaklı görünmediği, bu anlamda şikâyet konusu uygulama ile AB Grubuna yönelik mecra satışı da dahil olmak üzere rekabetin gereğinden daha fazla sınırlanmadığı, Cine 5'in platformda yer almamasının AB müşteri gruplarına yönelik verilecek reklam fiyatlarını artırma yönünde bir olasılığının bulunmadığı, Cine 5'in yayıncılık faaliyetini yapamaması ve/veya olağan faaliyetlerini sürdürememesi gibi bir durumun mevcut olmadığı ve teşebbüsler arasında mevcut bir ticari ilişkiye son verilmesinin söz konusu olmadığı hususları dikkate alındığında, şikâyet konusu eylemin hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabulünün olanaklı görünmediği sonucuna varıldığı tespit ve değerlendirmelerine yer verilerek, Digitürk hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Bu durumda; davacı şirketin, Digitürk'ün hakim durumunu, dijital platformunda davacı şirkete yer vermeyerek ayrımcılık yapmak suretiyle kötüye kullandığı, bu durumun davacı şirketin televizyon yayıncılığı ve reklam yeri hizmetleri pazarındaki faaliyetlerini zorlaştırdığı iddialarıyla yaptığı şikâyet başvurusu üzerine, Digitürk'ün, "dijital platform hizmetleri" pazarında hakim durumda olduğu ve Cine 5'e diğer rakip kanallara göre ayrımcılık yaptığı

I.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/8249
Karar No : 2011/1525

iddialarının ön kabulü ile yapılan önaraştırma sonucunda, Dijitürk'ün " televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetleri" pazarının bir kısmına Cine 5'in girmesini engellediğinin tespit edilmiş olması ve bu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında belirtilen, eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılması suretiyle rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması eylemine uygunluk göstermesi karşısında, Digitürk'ün şikâyet konusu eyleminin, hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının, davacı şirketin iddiaları ile ilgili olarak yapılan önaraştırma sırasında elde edilen deliller doğrultusunda araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirilmesi suretiyle her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, rekabete aykırı olduğu iddia edilen eylem sonucunda, girişin engellendiği pazar bölümünün tüm pazara göre küçük, rekabeti sınırlayıcı etkisinin de az olduğu dikkate alınarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 154,40-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 2.200,00-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 12.04.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Zümrüt	H.Neşe	Gürsel
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	ÖDEN	SARI	MEKİK

Yargılama Giderleri :

Başvuru Harcı	: 20,00-TL
YD Harcı	: 21,40-TL
Karar Harcı	: 27,00-TL
Posta Gideri	: <u>86,00-TL</u>
Toplam	: 154,40-TL

